



**University of  
Zurich**<sup>UZH</sup>

**Zurich Open Repository and  
Archive**

University of Zurich  
University Library  
Strickhofstrasse 39  
CH-8057 Zurich  
[www.zora.uzh.ch](http://www.zora.uzh.ch)

---

Year: 2018

---

## **Bundesgerichtspraxis zur Kostendeckung medizinischer Leistungen**

Vokinger, Kerstin Noëlle ; Mühlematter, Urs

Posted at the Zurich Open Repository and Archive, University of Zurich

ZORA URL: <https://doi.org/10.5167/uzh-156922>

Journal Article

Published Version

Originally published at:

Vokinger, Kerstin Noëlle; Mühlematter, Urs (2018). Bundesgerichtspraxis zur Kostendeckung medizinischer Leistungen. Jusletter:1-24.

Kerstin Noëlle Vokinger / Urs Jakob Mühlematter

## **Bundesgerichtspraxis zur Kostendeckung medizinischer Leistungen**

**Empirische Analyse bundesgerichtlicher Urteile (2000–2017) zur strittigen Kostendeckung medizinischer Leistungen vor dem Hintergrund verfassungsrechtlicher Vorgaben. Ergebnisse eines systematisch-statistischen Ansatzes unter Anwendung von Artificial Intelligence**

---

Über einen Zeitraum von 18 Jahren analysiert die Studie unter Anwendung eines systematisch-statistischen Ansatzes und Artificial Intelligence insgesamt 387 Bundesgerichtsurteile, bei denen es um krankenversicherungsrechtliche Streitigkeiten über die Deckung medizinischer Leistungen ging. Die Auswertung zeigt, dass der Streitwert im Einzelfall tief sein kann, die Fälle aber meist Leiden betreffen, die zu den Kostentreibern im Gesundheitswesen gehören. Ebenfalls aufgezeigt werden weitere Aspekte wie der Einfluss der Grösse des Spruchkörpers auf den Verfahrensausgang oder die Verfahrensbeteiligung verschiedener Versicherer.

---

Beitragsarten: Beiträge

Rechtsgebiete: Gesundheitsrecht; Kranken-, Unfall- und Invalidenversicherung

Zitiervorschlag: Kerstin Noëlle Vokinger / Urs Jakob Mühlematter, Bundesgerichtspraxis zur Kostendeckung medizinischer Leistungen, in: Jusletter 27. August 2018

## Inhaltsübersicht

1. Zugang zu medizinischen Leistungen in der Schweiz
  - 1.1. Überblick über die Gesundheitsausgaben
  - 1.2. Rechtliche Rahmenbedingungen
    - 1.2.1. Obligatorische Krankenversicherungen als Trägerinnen staatlicher Aufgaben
    - 1.2.2. Verfassungsrechtliche Vorgaben
    - 1.2.3. Übersicht über die Leistungen der obligatorischen Krankenpflegeversicherung
2. Ziel der Studie
3. Methodik der Studie
  - 3.1. Eingrenzung des Untersuchungsgegenstandes
  - 3.2. Technisches Vorgehen und Anzahl Bundesgerichtsurteile
4. Ergebnisse und Würdigung
  - 4.1. Mehrwert des Einsatzes von Artificial Intelligence
  - 4.2. Verhältnis der Beschwerdeführer
  - 4.3. Zusammenhang zwischen Anzahl der Richter und Verfahrensausgang
  - 4.4. Abweichen von vorinstanzlichen Urteilen
  - 4.5. Medizinische Leistungsgruppen
    - 4.5.1. Ausländische Behandlungen
    - 4.5.2. Arzneimittel
  - 4.6. Streitwert
  - 4.7. Verhältnis der involvierten obligatorischen Krankenpflegeversicherungen
5. Schluss

### 1. Zugang zu medizinischen Leistungen in der Schweiz

#### 1.1. Überblick über die Gesundheitsausgaben

[Rz 1] Die Gesundheitsausgaben in der Schweiz betrugen im Jahr 2016 mehr als CHF 80 Milliarden.<sup>1</sup> Dies ist eine Erhöhung gegenüber dem Vorjahr um 3.2%.<sup>2</sup> Die Schweiz gilt als das zweit-  
teuerste OECD-Land gemessen an den Gesundheitsausgaben pro Person.<sup>3</sup>

[Rz 2] Zu den fünf medizinischen Leistungsgruppen mit den höchsten Gesamtausgaben in der Schweiz gehören psychische Erkrankungen, Schmerzen, kardiovaskuläre Erkrankungen, rheumatische Erkrankungen sowie chronisch obstruktive Lungenerkrankungen (COPD)/Asthma. Mit Ausnahme von COPD/Asthma handelt es sich gleichzeitig bei allen Gruppen um Krankheiten mit den höchsten Prävalenzraten in der Schweiz. Die fünf kostenintensivsten Leistungsgruppen mit den höchsten mittleren Ausgaben pro Patient sind HIV, Krebs, Psychosen, Diabetes mellitus und Parkinson. Unabhängig von den medizinischen Leistungsgruppen handelt es sich bei den folgenden drei Gruppen um krankheitsübergreifende Gruppen, von denen über alle Krank-

---

<sup>1</sup> Bundesamt für Statistik, Gesundheitsausgaben Schweiz 2016, abrufbar unter [www.bfs.admin.ch/bfs/de/home/statistiken/gesundheit/kosten-finanzierung/kosten.html](http://www.bfs.admin.ch/bfs/de/home/statistiken/gesundheit/kosten-finanzierung/kosten.html) (alle Websites zuletzt besucht am 16. August 2018). Als Leistungserbringer führt das Bundesamt für Statistik folgende Gruppen auf: Krankenhäuser, sozialmedizinische Institutionen, Arztpraxen und ambulante Zentren, Zahnarztpraxen/Zahnkliniken, andere ambulante Leistungserbringer, unterstützende Leistungserbringer, Detailhandel, Organisation für Prävention und Unterstützung, Staat als Leistungserbringer, Versicherer als Leistungserbringer, Rest der Welt (Importe).

<sup>2</sup> Bundesamt für Statistik, Gesundheitsausgaben Schweiz 2016, abrufbar unter [www.bfs.admin.ch/bfs/de/home/statistiken/gesundheit/kosten-finanzierung/kosten.html](http://www.bfs.admin.ch/bfs/de/home/statistiken/gesundheit/kosten-finanzierung/kosten.html).

<sup>3</sup> OECD Health Policy Overview, Health Policy in Switzerland, Juli 2017, abrufbar unter [www.oecd.org/els/health-systems/Health-Policy-in-Switzerland-July-2017.pdf](http://www.oecd.org/els/health-systems/Health-Policy-in-Switzerland-July-2017.pdf).

heiten hinweg hohe Behandlungskosten zu erwarten sind: Multimorbide ältere Personen (ab 65 Jahren mit zwei oder mehr Erkrankungen), Personen im letzten Halbjahr vor dem Tod sowie vom Sozialdienst unterstützte Personen.<sup>4</sup>

[Rz 3] Medizinische Fortschritte führen zu verbesserten Diagnoseverfahren und Therapiemöglichkeiten. Überalterung und die Zunahme chronischer Erkrankungen (z.B. Krebs, Diabetes mellitus, kardiovaskuläre Erkrankungen) sind u.a. mögliche Folgen. Alle diese Entwicklungen sind wiederum ein wichtiger Faktor für die stetige Zunahme der Gesundheitskosten.

## 1.2. Rechtliche Rahmenbedingungen

### 1.2.1. Obligatorische Krankenversicherungen als Trägerinnen staatlicher Aufgaben

[Rz 4] Die obligatorische Krankenpflegeversicherung (OKP) gewährleistet für die gesamte Bevölkerung den Zugang zur medizinischen (Grund-)Versorgung von hoher Qualität.<sup>5</sup> Demgegenüber müssen die Kosten medizinischer Leistungen, die über den Standard der OKP hinausgehen, von freiwilligen Zusatzversicherungen oder vom Patienten selbst vergütet werden.<sup>6</sup>

[Rz 5] Die OKP gehört zur dezentralen Verwaltung (auch mittelbare Staatsverwaltung genannt).<sup>7</sup> Als Trägerin staatlicher Aufgaben ist sie – auch wenn als privatrechtlich konstituierte Unternehmen organisiert – an die staatsrechtlichen Grundprinzipien (z.B. Legalitätsprinzip) und an die Grundrechte gebunden.<sup>8</sup> Nachfolgend soll geprüft werden, in welchem Umfang die OKP den Zugang zur medizinischen Versorgung gewährleisten muss.

### 1.2.2. Verfassungsrechtliche Vorgaben

[Rz 6] Als erstes sind die Grundrechtsansprüche des Einzelnen gegenüber dem Staat bzw. der OKP zu prüfen. Das *Recht auf Leben und persönliche Freiheit gem. Art. 10 Abs. 1 und Abs. 2 der Bundesverfassung (BV)*<sup>9</sup> garantiert das «Recht von Patienten auf Zugang zu medizinisch indizierten, d.h. wirksamen und zweckmässigen Therapien.»<sup>10</sup> Dabei handelt es sich um ein *Zugangsrecht* auf vorhandene medizinische Leistungen, die beispielsweise Spitäler aufgrund von Leistungsaufträgen anbieten. Hingegen kann aus Art. 10 BV nicht ein von der *OKP zu übernehmender* medizinischer Leistungsstandard abgeleitet werden.<sup>11</sup>

---

<sup>4</sup> Vgl. zum Ganzen BEAT BRÜNGGER/BARBARA FISCHER/MATHIAS FRÜH/ROLAND RAPOLD/OLIVER REICH/HARRY TELSER/MARIA TROTTMANN, Koordinationsbedarf leistungsintensiver Patienten, Studie im Auftrag des Bundesamtes für Gesundheit, Dezember 2014, S. 29 f.

<sup>5</sup> Die Bedeutung dieser Umschreibung wird in den nachfolgenden Kapiteln vertieft.

<sup>6</sup> BERNHARD RÜTSCHKE, Zusatzversicherte Leistungen von Spitälern, Zulässigkeit und Grenzen medizinischer Leistungsdifferenzierungen / Prestations des hôpitaux couverts par les assurances complémentaires, Licéité et limites des différenciations médicales des prestations, Zürich/Basel/Genf 2017, S. 3. In seinem Gutachten vertieft RÜTSCHKE zudem die zulässigen Leistungsdifferenzierungen zwischen der OKP und den freiwilligen Zusatzversicherungen.

<sup>7</sup> PIERRE TSCHANNEN/ULRICH ZIMMERLI/MARKUS MÜLLER, Allgemeines Verwaltungsrecht, 4. Aufl., Bern 2014, S. 35.

<sup>8</sup> Urteil des Bundesgerichts 1C\_372/2014 vom 4. September 2014, E.6.; TOMAS POLEDNA, Krankenversicherungen und ihre rechtliche Organisation, Zürich 2002, S. 18; RÜTSCHKE, Fn. 6, S. 31 f.

<sup>9</sup> Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (BV; SR 101).

<sup>10</sup> RÜTSCHKE, Fn. 6, S. 32.

<sup>11</sup> Vgl. zum Ganzen RÜTSCHKE, Fn. 6, S. 33.

[Rz 7] Das *Recht auf Nothilfe* gem. Art. 12 BV garantiert jedem, der in Not gerät und nicht in der Lage ist, für sich zu sorgen, einen Anspruch auf staatliche Leistungen, die für ein menschenwürdiges Dasein unerlässlich sind. Hierzu gehört neben der Nahrung oder der Kleidung auch die medizinische Notversorgung.<sup>12</sup> Zwar leitet die Lehre aus Art. 12 BV teilweise einen Anspruch auf staatliche Finanzierung der grundlegenden medizinischen Leistungen ab.<sup>13</sup> Gem. bundesgerichtlicher Rechtsprechung und anderer Lehransichten (denen vorliegend zu folgen ist) würde dies jedoch zu weit führen, da sich der verfassungsrechtliche Anspruch auf eine Überlebenshilfe beschränkt.<sup>14</sup> Dieser Ansicht folgend umfasst Art. 12 BV den Anspruch auf medizinische Überlebenshilfe bzw. Notversorgung.<sup>15</sup>

[Rz 8] Das *Gleichbehandlungsgebot* i.S.v. Art. 8 Abs. 1 BV gewährleistet einen «Anspruch auf prinzipiell gleichen Zugang zu medizinischen Leistungen für alle Menschen» bzw. einen «Anspruch auf gleiche Teilhabe aller Menschen an der Grundversorgung»<sup>16</sup>. Konkretisiert wird dieser Grundsatz für das Krankenversicherungsrecht in Art. 5 lit. f des Krankenversicherungsaufsichtsgesetzes (KVAG)<sup>17</sup>, wonach die Versicherer die Gleichbehandlung der Versicherten gewährleisten müssen. Mit anderen Worten sollen im Rahmen der OKP alle Versicherten Zugang zu den gleichen medizinischen Leistungen bzw. im gleichen medizinischen Leistungsumfang haben, unabhängig davon, bei welcher obligatorischen Krankenpflegeversicherung sie versichert sind.<sup>18</sup>

[Rz 9] Neben den Grundrechten setzt sich die Bundesverfassung in verschiedenen anderen Regelungsbereichen mit der Gesundheit auseinander. Von vorliegender Relevanz ist das Sozialziel i.S.v. Art. 41 Abs. 1 lit. b BV, wonach sich Bund und Kantone dafür einsetzen, dass jede Person die für ihre Gesundheit notwendige Pflege erhält. Mit dieser Norm wird Bund und Kantone zwar kein bestimmter Handlungsauftrag erteilt, doch kann immerhin daraus abgeleitet werden, dass Bund und Kantone diese Zielnorm im Rahmen ihrer Aufgabenerfüllung berücksichtigen müssen.<sup>19</sup>

[Rz 10] Ein konkreter Handlungsauftrag im Sinne eines programmatischen Charakters ergibt sich aus Art. 117a BV für den Bereich der medizinischen Grundversorgung. Demnach sorgen Bund und Kantone im Rahmen ihrer Zuständigkeiten für eine *ausreichende, allen zugängliche medizinische Grundversorgung von hoher Qualität*. Diese Norm ist seit 2014 in Kraft, wobei deren Inhalt kontrovers diskutiert wird.<sup>20</sup> Beim Begriff «medizinische Grundversorgung» handelt es sich um einen unbestimmten Rechtsbegriff.<sup>21</sup> Er orientiert sich am «üblichen Bedarf der Bevölkerung

---

<sup>12</sup> BGE 131 I 166, E.3.1. und E.8.2.; THOMAS GÄCHTER/GREGORI WERDER, Art. 12 BV, Rz. 25, in: Bernhard Waldmann/Eva Maria Belser/Astrid Epiney (Hrsg.), Basler Kommentar Bundesverfassung, Basel 2015.

<sup>13</sup> HARDY LANDOLT, Öffentliches Gesundheitsrecht, Public Health Law, Zürich/St. Gallen, S. 119; PASCAL COULLERY, Der Grundrechtsanspruch auf medizinische Leistungen: ein verfassungsrechtlicher Diskussionsbeitrag zur Ratio-nierungsdebatte im Gesundheitswesen, AJP 2001, S. 632 ff., 637.

<sup>14</sup> BGE 130 I 71, E.4.1.; BGE 131 I 166, E.3.1.; BGE 130 I 16, E.5.2.; RÜTSCHKE, Fn. 6, S. 34.

<sup>15</sup> RÜTSCHKE, Fn. 6, S. 34.

<sup>16</sup> PAUL RICHLI, Instrumente des Gesundheits- und Lebensschutzes im neuen Heilmittelgesetz vor dem Hintergrund der Grundrechte, in: AJP 2002, S. 340 ff., 345.

<sup>17</sup> Bundesgesetz betreffend die Aufsicht über die soziale Krankenversicherung vom 26. September 2014 (KVAG; SR 832.12).

<sup>18</sup> Anders verhält es sich im Bereich der Zusatzversicherungen (vgl. auch RÜTSCHKE, Fn. 6, S. 35).

<sup>19</sup> RÜTSCHKE, Fn. 6, S. 35.

<sup>20</sup> Vgl. THOMAS GÄCHTER/STEPHANIE RENOLD-BURCH, Art. 117a BV, Rz. 6 ff., in: Bernhard Waldmann/Eva Maria Belser/Astrid Epiney (Hrsg.), Basler Kommentar Bundesverfassung, Basel 2015.

<sup>21</sup> GÄCHTER/RENOLD-BURCH, Fn. 20, Art. 117a BV, Rz. 6.

an grundlegenden präventiven, kurativen, rehabilitativen und palliativen medizinischen Gütern und Dienstleistungen»<sup>22</sup>. Massgebend ist dabei, dass «grundlegende Leistungen der Grundversorgung erfahrungsgemäss regelmässig von der breiten Bevölkerung oder den einzelnen Bevölkerungsgruppen potenziell oder effektiv beansprucht werden und dies auch zukünftig der Fall sein wird»<sup>23</sup>. Deutlich wird, dass nicht alle Leistungen der Gesundheitsversorgung von Art. 117a BV umfasst sind. Vielmehr «gehören insbesondere nur vereinzelt beanspruchte Leistungen (z.B. Behandlung von sehr selten auftretenden Krankheiten) oder Leistungen, die aus anderen Gründen (z.B. Verfügbarkeit von auf einzelne Krankheitsbilder gerichtetem Spezialwissen der Leistungserbringer, Qualitätserfordernisse, hohe technische Anforderungen oder finanzielle Auswirkungen) lediglich in konzentrierter Form angeboten werden können, nicht zu den Leistungen der medizinischen Grundversorgung»<sup>24</sup>. Die Abgrenzung, was zur medizinischen Grundversorgung gehört, kann sich jedoch im Einzelfall schwierig gestalten. Dies kann am Beispiel der neuen Arzneimittel im Bereich der Onkologie dargelegt werden: Diese wirken zunehmend spezifisch auf Tumoren die eine bestimmte Mutation aufweisen, wobei je nachdem nur eine kleine Patientenpopulation eine derartige genetische Mutation aufweist. Damit stellt sich die Frage, ob in solchen Fällen eine derart kleine Patientengruppe vorliegt, dass von einer seltenen Erkrankung gesprochen werden kann, die von Art. 117a BV ausgeschlossen ist.

[Rz 11] Obwohl offen bleibt, welche konkreten Vorgaben und Massnahmen die Behörden i.S.v. Art. 117a BV vornehmen müssen, wird immerhin ein verfassungsrechtlicher Massstab für medizinische Leistungen gelegt, deren Kosten von der OKP zu übernehmen sind. Damit wird die Kostenübernahme von medizinischen Leistungen der Grundversorgung durch die obligatorische Krankenpflegeversicherung verfassungsrechtlich abgesichert.<sup>25</sup>

### 1.2.3. Übersicht über die Leistungen der obligatorischen Krankenpflegeversicherung

[Rz 12] In Art. 32 Abs. 1 des Bundesgesetzes über die Krankenversicherung (KVG)<sup>26</sup> sind die allgemeinen Leistungsvoraussetzungen für die Kostenübernahme einer medizinischen Leistung durch die OKP verankert. Demnach müssen die in Art. 25–31 KVG aufgeführten Leistungen wirksam, zweckmässig und wirtschaftlich sein (sog. «WZW-Kriterien»), wobei alle drei Voraussetzungen kumulativ erfüllt sein müssen.

[Rz 13] Die *Wirksamkeit* bezieht sich auf die medizinische Wirkung einer medizinischen Leistung. Letztere gilt als wirksam, wenn sie «objektiv geeignet ist, auf den angestrebten diagnostischen, therapeutischen oder pflegerischen Nutzen hinzuwirken»<sup>27</sup>. Erforderlich ist, dass die Wirksamkeit nach wissenschaftlichen Methoden nachgewiesen ist, wobei sich das Bundesgericht primär auf die Ergebnisse wissenschaftlicher Studien stützt.<sup>28</sup>

---

<sup>22</sup> Botschaft zur Volksinitiative «Ja zur Hausarztmedizin» vom 16. September 2011, BBl 2011 7553, 7577.

<sup>23</sup> Botschaft zur Volksinitiative «Ja zur Hausarztmedizin» vom 16. September 2011, BBl 2011 7553, 7577.

<sup>24</sup> Botschaft zur Volksinitiative «Ja zur Hausarztmedizin» vom 16. September 2011, BBl 2011 7553, 7577.

<sup>25</sup> Vgl. zum Ganzen Botschaft zur Volksinitiative «Ja zur Hausarztmedizin» vom 16. September 2011, BBl 2011 7553, 7576 ff.; THOMAS GÄCHTER/BERNHARD RÜTSCHKE, Gesundheitsrecht, 4. Aufl., Basel 2018, S. 34.

<sup>26</sup> Bundesgesetz über die Krankenversicherung vom 18. März 1994 (KVG; SR 832.10).

<sup>27</sup> BGE 133 V 115, E.3.1.

<sup>28</sup> BGE 133 V 115, E.3.1.

[Rz 14] Demgegenüber umfasst die *Zweckmässigkeit* das Nutzen-Risiko-Verhältnis einer medizinischen Leistung.<sup>29</sup> Gem. bundesgerichtlicher Rechtsprechung ist darunter die «angemessene Eignung im Einzelfall» zu verstehen.<sup>30</sup>

[Rz 15] Letztlich setzt die *Wirtschaftlichkeit* voraus, dass sich der Leistungserbringer auf das Mass beschränkt, das im Interesse des Patienten liegt und für den Behandlungszweck erforderlich ist.<sup>31</sup> Nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung bezieht sich das Prinzip der Wirtschaftlichkeit nicht nur auf die Art und den Umfang von diagnostischen und therapeutischen Verfahren, sondern es muss auch die Behandlungsform berücksichtigt werden, d.h. ob eine konkrete Leistung ambulant oder stationär durchzuführen ist und in welches Spital der Patient aus medizinischer Perspektive zu verlegen ist.<sup>32</sup> Stehen mehrere zweckmässige Leistungen zur Auswahl, ist bei vergleichbarem medizinischen Nutzen die kostengünstigste Variante bzw. diejenige mit dem besten Kosten-Nutzen-Verhältnis zu wählen.<sup>33</sup> Hingegen muss das Kosten-Nutzen-Verhältnis auch dann berücksichtigt werden, wenn aus medizinischer Perspektive nur eine einzige mögliche Diagnose- oder Behandlungsmöglichkeit in Frage kommt. Im viel diskutierten «Myozyme-Entscheid» führte das Bundesgericht aus, dass die Wirtschaftlichkeit bei einem groben Missverhältnis zwischen Kosten und Nutzen zu verneinen sei.<sup>34</sup>

[Rz 16] Die WZW-Kriterien stellen nur *allgemeine Massstäbe* dar, nach denen der von der OKP zu vergütende Leistungsstandard zu bestimmen ist.<sup>35</sup> Angestrebt wird damit eine qualitativ hochstehende und zweckmässige gesundheitliche Versorgung zu möglichst günstigen Kosten.<sup>36</sup> Es ist der Ansicht von BERNHARD RÜTSCHKE zu folgen, wonach Leistungen der OKP in Bezug auf die Qualität den allgemein anerkannten Standards entsprechen müssen, wobei hinsichtlich der medizinischen Qualität von Diagnose und Therapie der *medizinische Standard* massgebend ist.<sup>37</sup> Eine klare Umschreibung des medizinischen Standards fehlt. In der Lehre wird darunter der Stand der wissenschaftlichen Erkenntnisse und der ärztlichen Erfahrungen verstanden, der zur Erreichung des ärztlichen Behandlungsziels notwendig ist.<sup>38</sup> Eine massgebende Bedeutung kommt in diesem Zusammenhang den evidenzbasierten Leitlinien von medizinischen Fachgesellschaften zu.<sup>39</sup> Medizinische Leistungen, die über den medizinischen Standard hinausgehen, sind aus Sicht der OKP nicht erforderlich und verletzen – sofern sie zusätzliche Kosten verursachen – das Wirt-

---

<sup>29</sup> RÜTSCHKE, Fn. 6, S. 21; vgl. für detailliertere Ausführungen zur Wirksamkeit etwa GÄCHTER/RÜTSCHKE, Fn. 25, S. 274 f.; GEBHARD EUGSTER, Krankenversicherung, in: Ulrich Meyer (Hrsg.), Soziale Sicherheit, 3. Aufl., Basel 2016, S. 329 ff.

<sup>30</sup> BGE 123 V 53, E.2; vgl. für detailliertere Ausführungen zur Zweckmässigkeit etwa GÄCHTER/RÜTSCHKE, Fn. 25, S. 275; EUGSTER, Fn. 29, S. 331 ff.

<sup>31</sup> Art. 56 Abs. 1 KVG.

<sup>32</sup> BGE 126 V 334, E.2.b.

<sup>33</sup> BGE 136 V 395, E.7.4.

<sup>34</sup> BGE 136 V 395, E.7.4; vgl. für detailliertere Ausführungen zur Wirtschaftlichkeit etwa GÄCHTER/RÜTSCHKE, Fn. 25, S. 275; EUGSTER, Fn. 29, S. 331 ff.

<sup>35</sup> RÜTSCHKE, Fn. 6, S. 24 f.

<sup>36</sup> Art. 43 Abs. 6 KVG.

<sup>37</sup> RÜTSCHKE, Fn. 6, S. 26.

<sup>38</sup> REGINA E. AEBI-MÜLLE/WALTER FELLMANN/THOMAS GÄCHTER/BERNHARD RÜTSCHKE/BRIGITTE TAG, Arztrecht, Bern 2016, § 8, Rz. 58; RÜTSCHKE, Fn. 6, S. 27.

<sup>39</sup> KERSTIN NOËLLE VOKINGER, Organisation der Ärzte-AG. Im Spannungsfeld zwischen staatlicher Regulierung und ärztlicher Selbstregulierung, Analyse de lege lata und Lösungsvorschläge de lege ferenda, Diss., Zürich/Basel/Genf 2016, S. 61 ff.

schaftlichkeitsgebot. Deren Kosten dürfen deshalb von der OKP nicht vergütet werden.<sup>40</sup> Möchte der Patient solche medizinischen Leistungen in Anspruch nehmen, muss er selber für die Kosten aufkommen bzw. die Kosten von einer privaten Zusatzversicherung vergüten lassen.<sup>41</sup>

[Rz 17] Wie hoch der medizinische Standard *konkret* sein soll, wird von den *zuständigen Behörden und Gerichten* in Bezug auf einzelne Leistungsbereiche bzw. einzelnen Leistungen nach dem jeweils aktuellen Stand des medizinischen Wissens konkretisiert. An diesem Punkt setzt unsere Analyse an.

## 2. Ziel der Studie

[Rz 18] Ziel unserer Studie ist, die bundesgerichtlichen Urteile vor dem Hintergrund der oben diskutierten verfassungsrechtlichen Rahmenbedingungen in Bezug auf den krankenversicherungsrechtlichen Zugang zur medizinischen Grundversorgung in der Schweiz empirisch zu untersuchen. Folgende Fragestellungen stehen dabei im Zentrum:

- Gibt es medizinische Leistungsgruppen, die besonders häufig bis vor Bundesgericht prozessiert werden und entsprechend von der Gesellschaft als Teil der «medizinischen Grundversorgung i.S.v. Art. 117a BV» erachtet werden, deren Kosten von der OKP vergütet werden sollen?
- Sind Tendenzen feststellbar, welche strittigen medizinischen Leistungsbereiche nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung von der OKP übernommen werden sollen?
- Sind Tendenzen feststellbar, welche strittigen medizinischen Leistungsbereiche nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung nicht von der OKP übernommen werden sollen?
- Wie hat sich die bundesgerichtliche Rechtsprechung im Verlauf der Zeit (2000–2017) in Bezug auf den zu vergütenden medizinischen Leistungsstandard entwickelt?
- Gibt es einen Zusammenhang zwischen der Anzahl Richter bzw. Richterinnen und dem Verfahrensausgang?
- Wie häufig weicht das Bundesgericht vom vorinstanzlichen Urteil ab?
- Lassen sich allgemeine Aussagen zum Streitwert machen?
- Generiert der Einsatz von Artificial Intelligence einen Mehrwert, d.h. ermöglicht der Einsatz von Artificial Intelligence das Erkennen von mehr relevanten Bundesgerichtsurteilen als die gewöhnliche Suche nach Stichwörtern und Gesetzesartikeln in der Datenbank des Bundesgerichts?

## 3. Methodik der Studie

### 3.1. Eingrenzung des Untersuchungsgegenstandes

[Rz 19] In der Auswertung der bundesgerichtlichen Urteile zwischen 2000 und 2017 wurden nur Verfahren mit Patienten<sup>42</sup> auf der einen Seite und Krankenversicherer auf der anderen Seite

---

<sup>40</sup> Art. 34 Abs. 1 KVG.

<sup>41</sup> RÜTSCHÉ, Fn. 6, S. 29.

<sup>42</sup> Hierzu zählten auch Ärzte und Spitäler, sofern sie den Patienten vertraten.



berücksichtigt. Ausser Betracht fielen damit etwa Verfahren mit pharmazeutischen Unternehmen als Partei.

[Rz 20] Des Weiteren lag ein Fokus auf Verfahren des öffentlichen Rechts, da für die vorliegende Studie nur Streitigkeiten hinsichtlich der Kostenübernahme durch obligatorische Krankenpflegeversicherungen (und nicht durch private Zusatzversicherungen) von Interesse waren. Ebenfalls lag ein Fokus auf den allgemeinen Leistungen bei Krankheit (Art. 25 KVG), Pflegeleistungen bei Krankheit (Art. 25a KVG) und medizinischer Prävention (Art. 26 KVG). Ausgeschlossen waren weitere Leistungen i.S.v. Art. 27 ff. KVG, z.B. Unfälle (Art. 28 KVG) oder zahnärztliche Behandlungen (Art. 31 KVG).<sup>43</sup>

[Rz 21] Vorliegend wurden nur bundesgerichtliche Urteile analysiert. Entsprechend wurden etwa die Urteile auf kantonaler Stufe oder des Bundesverwaltungsgerichts bzw. Verfahren, die nicht bis ans Bundesgericht weitergezogen wurden, nicht berücksichtigt. Entsprechend reflektieren die Ergebnisse nur ein limitiertes Bild von medizinischen Leistungen, welche nach Ansicht der Gesellschaft von der medizinischen Grundversorgung umfasst und deren Kosten von der OKP gedeckt werden sollen. Ebenfalls erheben wir nicht den Anspruch, dass alle relevanten Bundesgerichtsurteile erfasst sind. Die Unregelmässigkeiten der Bundesgerichtsurteile, insbesondere das nicht konsequente Zitieren der relevanten Gesetzesvorschriften sowie der teilweise (zu) stark gekürzte Sachverhalt, erschweren nicht nur eine effiziente Suche, sondern auch die Auswertung. Dies ist jedoch nicht als Kritik gegenüber dem Bundesgericht zu verstehen. Das Bundesgericht muss sich regelmässig mit schwer zu deutenden Rechtseingaben befassen, aus denen der eigentliche Sachverhalt bzw. der Antrag nicht ersichtlich wird.

### 3.2. Technisches Vorgehen und Anzahl Bundesgerichtsurteile

[Rz 22] Mittels der «Web scraping-Technik» haben wir sämtliche auf der Homepage des Bundesgerichts ([www.bger.ch](http://www.bger.ch)) verfügbaren Bundesgerichtsurteile aus der Datenbank «Weitere Urteile ab 2000» aus den Jahren 2000–2017 die einen Grossteil der Urteile des Schweizerischen Bundesgerichts seit dem 1. Januar 2000 und sämtliche Endentscheide seit dem 1. Januar 2007 enthält, lokal gespeichert (unter Einhaltung eines Intervalls von zwei Sekunden zwischen zwei Anfragen<sup>44</sup>).<sup>45</sup> Es handelte sich insgesamt um 114'364 Entscheide.<sup>46</sup>

[Rz 23] Anschliessend wurden alle Bundesgerichtsurteile im Volltext mittels einzelner und kombinierter regulärer Ausdrücke («regular expressions»<sup>47</sup>) auf für die vorliegende Analyse geeignete Urteile durchsucht. Damit lassen sich regelmässig mehr relevante Bundesgerichtsurteile identifizieren als mit der üblichen Suche mittels der Datenbank des Bundesgerichts. Dies kann am folgenden Beispiel veranschaulicht werden: Eine einfache Suche nach «Art. 25 KVG» ergab z.B. 67 Ergebnisse. Mittels regulärer Ausdrücke konnten 284 Bundesgerichtsurteile gefunden werden,

---

<sup>43</sup> Ebenfalls ausgeschlossen sind Bundesgerichtsurteile, welche Taggelder zum Gegenstand hatten.

<sup>44</sup> Webseite des Bundesgerichts, Urteile ab 2000, <http://relevancy.bger.ch/robots.txt>, Stand 1. Juni 2018.

<sup>45</sup> Das letzte Mal überprüft wurde die Datenbank am 1. Juni 2018. Dies deshalb, weil das Bundesgericht auch zahlreiche Monate nach dem Urteilsdatum Urteile in der Datenbank hinterlegt.

<sup>46</sup> KERSTIN NOËLLE VOKINGER/URS JAKOB MÜHLEMATTER, Empirische Analyse bundesgerichtlicher Urteile zum Arztrecht, 2000–2017, in: Jusletter 23. April 2018.

<sup>47</sup> «Regular expression» ist ein in der Informatik verwendeter Begriff für Zeichenketten, die ein Suchmuster definieren, mit dem beispielsweise ein Text gefiltert werden kann.

da andere Zitierweisen des Bundesgerichts von der zu interessierenden Gesetzesbestimmung (etwa Art. «25 Abs. 1 KVG» oder «Art. 25–31 KVG») ebenfalls erkannt werden.

[Rz 24] Das Ziel und gleichzeitig die Herausforderung waren, möglichst spezifisch nach den relevanten Urteilen zu suchen und wenn möglich solche Urteile von der Suche zu exkludieren, welche vorliegend nicht von Interesse sind. So würde beispielsweise die Suche mit dem Stichwort «Krankenversicherung» 2'313 Ergebnisse ergeben, wobei ein Grossteil dieser Funde nicht relevant ist. Da die interessierenden Sachverhalte bzw. Fragestellungen<sup>48</sup> auf eindeutige gesetzliche Bestimmungen zurückzuführen sind, war unsere Hypothese, dass wir mit diesen Gesetzesartikeln alle relevanten Bundesgerichtsurteile finden würden. Dies im Gegensatz zu unserer letzten Studie, in welcher wir die Bundesgerichtsdatenbank im Zusammenhang mit dem Arztrecht nach Urteilen durchsuchten. Das Arztrecht lässt sich weder auf ein spezifisches Rechtsgebiet noch auf spezifische Gesetzesartikel eingrenzen.

[Rz 25] Reguläre Ausdrücke wurden für alle Landessprachen und auf der Basis der folgenden Stichwörter bzw. Gesetzesartikel (inkl. der dazugehörigen Absätze und Literae) erstellt: «Art. 25 KVG», «Art. 25a KVG», «Art. 26 KVG», «Art. 27 KVG», «Art. 32 KVG», «Art. 33 KVG», «Art. 34 KVG», «Art. 71a KVV», «Art. 71b KVV», «Art. 71c KVV», «Art. 71d KVV», «Art. 25 LaMal», «Art. 25a LaMal», «Art. 26 LaMal», «Art. 27 LaMal», «Art. 32 LaMal», «Art. 33 LaMal», «Art. 34 LaMal», «Art. 71a OAMal», «Art. 71b OAMal», «Art. 71c OAMal», «Art. 71d OAMal». Basierend auf dieser Suche konnten insgesamt 719 Fälle identifiziert werden.

[Rz 26] In der Folge haben wir zusätzlich mittels open source software ein «deep neural Network» trainiert. Dabei handelt es sich um eine Unterform von Artificial Intelligence-Software, die, basierend auf bereits ausgewählten sowie ausgeschlossenen Urteilen, automatisch weitere potentiell geeignete Urteile identifizieren kann. Damit wollten wir überprüfen, ob unsere Suche mittels regulärer Ausdrücke umfassend war oder ob ein «deep neural Network» zusätzliche relevante Bundesgerichtsurteile finden würde. Interessanterweise konnten mit dieser Anwendung zusätzliche 487 Bundesgerichtsurteile identifiziert werden. Es handelt sich dabei grundsätzlich um (1) eher kurz gehaltene Urteile, auf die nicht eingetreten wurde und deren vorliegende Relevanz sich nur aus dem umschriebenen Sachverhalt – ohne den Bezug auf die gesuchten Gesetzesartikel – ergibt, (2) längere Bundesgerichtsurteile, die ebenfalls im gesamten Urteil keinen Bezug auf die relevanten Gesetzesbestimmungen nehmen oder (3) Bundesgerichtsurteile, aus denen aufgrund der fehlenden Informationen nicht geschlossen werden kann, ob sie für die vorliegenden Fragestellungen relevant sind oder nicht.

[Rz 27] Sämtliche identifizierten Urteile wurden im Volltext gelesen und die relevanten Urteile für die weitere Analyse extrahiert. Insgesamt wurden 387 Bundesgerichtsurteile inkludiert. Daneben haben wir 85 Urteile identifiziert, aus denen aufgrund mangelnder Information nicht ersichtlich wird, ob sie für die vorliegende Fragestellung relevant sind oder nicht. Letztere Gruppe haben wir mit Ausnahme einer Analyse nicht berücksichtigt.<sup>49</sup> Es besteht kein Anspruch auf Vollständigkeit.

[Rz 28] Alle Analysen und Grafiken wurden mittels der Software R Version 3.4<sup>50</sup> durchgeführt bzw. erstellt.

---

<sup>48</sup> Vgl. hierzu die Ausführungen in Ziff. 2.

<sup>49</sup> Die nicht aussagekräftigen Bundesgerichtsurteile wurden nur in der Abbildung 1 berücksichtigt.

<sup>50</sup> R Core Team (2017). R: A language and environment for statistical computing, R Foundation for Statistical Computing, Vienna, Austria.

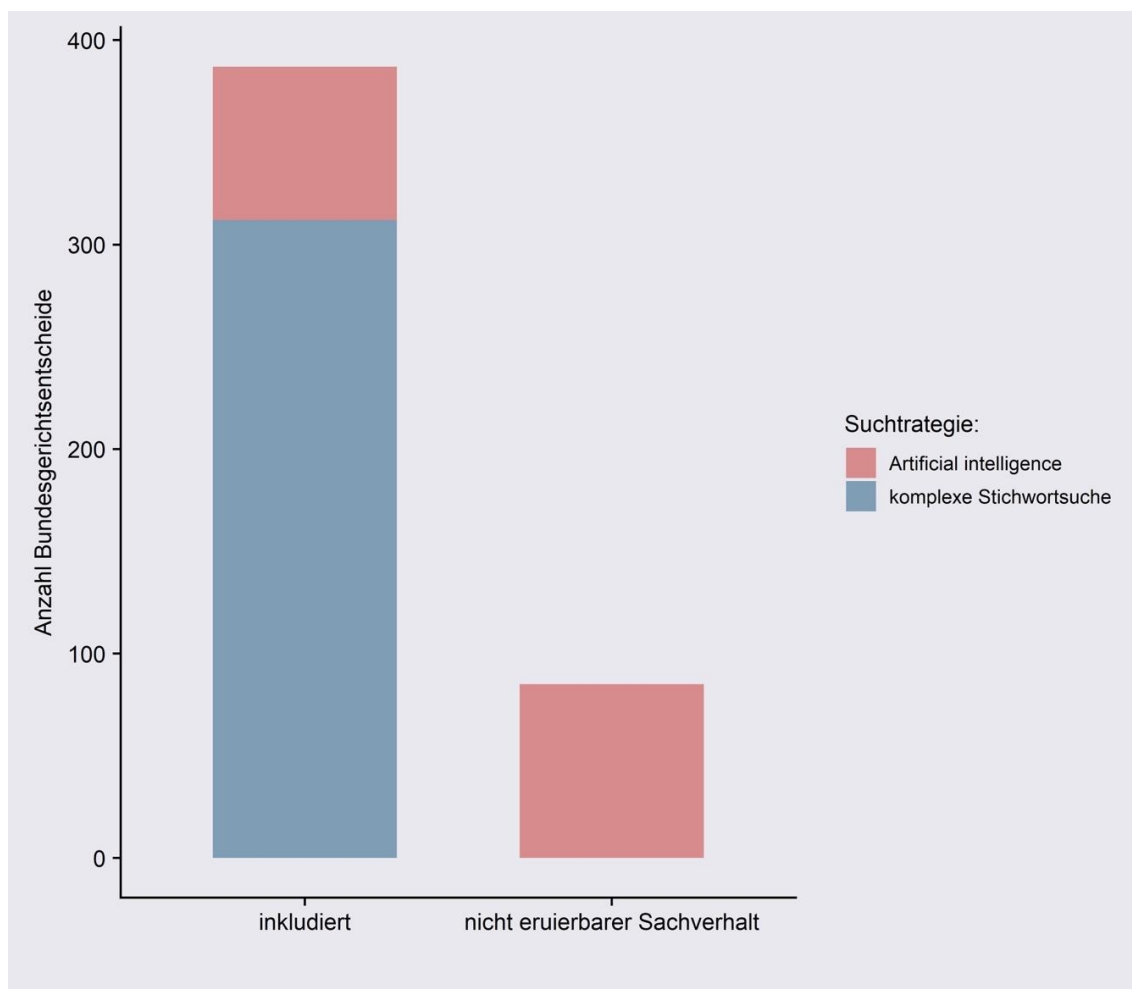
[Rz 29] In den folgenden Abschnitten werden Korrelationen beschrieben und wird auf mögliche kausale Zusammenhänge hingewiesen. Die Studie erhebt jedoch keinen Anspruch auf eine vollständige Untersuchung von kausalen Zusammenhängen.

## **4. Ergebnisse und Würdigung**

### **4.1. Mehrwert des Einsatzes von Artificial Intelligence**

[Rz 30] 387 Bundesgerichtsurteile wurden in die vorliegenden Analysen inkludiert, um die in Ziff. 2 aufgeworfenen Fragen zu beantworten. Wie in Ziff. 3.2. ausgeführt, war unsere Hypothese, dass wir mit der Suche anhand von «regular expressions» alle relevanten Bundesgerichtsurteile finden würden, da sich die zu interessierenden Sachverhalte auf spezifische Gesetzesartikel zurückführen lassen. Um unsere Hypothese zu überprüfen, haben wir ein «deep neural Network» trainiert, welches die Datenbank auf weitere potentiell passende Bundesgerichtsurteile durchsuchte. Interessanterweise fand dieses zahlreiche weitere relevante Urteile, in denen die Angabe der von uns gesuchten Gesetzesbestimmungen fehlte (vgl. Abbildung 1). Daneben identifizierte das «deep neural Network» auch 85 Urteile, bei denen aufgrund fehlender Information nicht beurteilt werden kann, ob diese in unsere Auswertung inkludiert werden können oder nicht. Daraus kann geschlossen werden, dass mit der Suche anhand von kombinierten «regular expressions» ohne unverhältnismässig grossen Aufwand grundsätzlich nicht alle relevanten Bundesgerichtsurteile gefunden werden. Gründe hierfür sind u.a., dass das Bundesgericht nicht immer alle relevanten Gesetzesbestimmungen zitiert, Bundesgerichtsurteile teilweise nur zusammengefasst öffentlich zugänglich sind und davon auszugehen ist, dass beim Bundesgericht schwer zu deutende Beschwerden eingereicht werden, aus denen die Anträge bzw. der Sachverhalt nicht eruierbar sind.

[Rz 31] Wie aus Abbildung 1 ersichtlich wird, generiert der Einsatz von Artificial Intelligence bzw. eines «deep neural Networks» einen Mehrwert für das Auffinden von interessierenden Bundesgerichtsurteilen, die mit der isolierten Suche anhand von «regular expressions» nicht oder nur erschwert auffindbar sind.

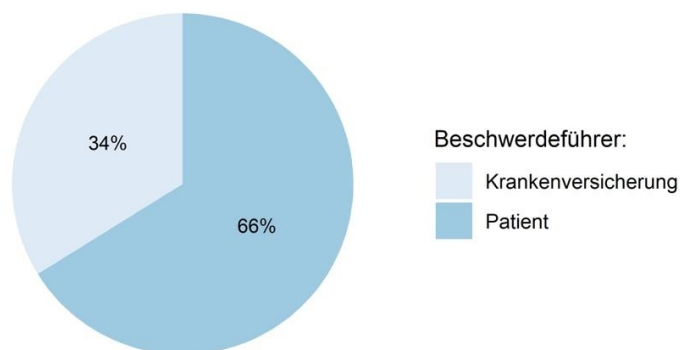


**Abbildung 1:** Säulendiagramm mit Fokus auf die inkludierten Bundesgerichtsentscheide anhand verschiedener Suchstrategien: In Rot die Ergebnisse der Suche unter Anwendung eines «deep neural Networks», in Blau der Ansatz mittels «regular expressions». Auf der x-Achse sind die inkludierten bzw. nicht beurteilbaren Bundesgerichtsurteile, auf der y-Achse die Anzahl Bundesgerichtsentscheide angegeben.

## 4.2. Verhältnis der Beschwerdeführer

[Rz 32] Zwischen 2000 und 2017 traten in den inkludierten 387 Bundesgerichtsurteile 66% Patienten<sup>51</sup> als Beschwerdeführer vor Bundesgericht auf, während 34% der Fälle von sozialen Krankenpflegeversicherungen geführt wurden (siehe Abbildung 2).

<sup>51</sup> Hierzu haben wir auch diejenigen (wenigen) Verfahren gezählt, in denen der behandelnde Arzt oder das behandelnde Spital den Patienten in einem konkreten Fall vertreten hat.



**Abbildung 2:** Kreisdiagramm mit Verteilung der Beschwerdeführer.

#### 4.3. Zusammenhang zwischen Anzahl der Richter und Verfahrensausgang

[Rz 33] Das Bundesgerichtsgesetz (BGG)<sup>52</sup> hält allgemeine Grundsätze zur Zusammensetzung des Spruchkörpers fest. Demnach entscheiden gem. Art. 20 Abs. 1 BGG die Abteilungen des Bundesgerichts in der Regel in der Besetzung mit drei Richterinnen oder Richtern. Über Rechtsfragen von grundsätzlicher Bedeutung oder auf Antrag eines Richters wird nach Art. 20 Abs. 2 BGG in Fünferbesetzung entschieden. Bei der Entscheidung über die Abschreibung von Verfahren zufolge Gegenstandslosigkeit, Rückzugs oder Vergleichs entscheidet der Instruktionsrichter als Einzelrichter i.S.v. Art. 32 Abs. 2 BGG. Gleichermassen entscheidet ein Einzelrichter – im Regelfall der Präsident der jeweiligen Abteilung – über das Nichteintreten auf offensichtlich unzulässige Beschwerden oder solche, die offensichtlich keine hinreichende Begründung enthalten oder die querulatorischer oder rechtsmissbräuchlicher Natur sind.<sup>53</sup> Der Gerichtspräsident hat die Möglichkeit, einen anderen Richter mit solchen Fällen zu betrauen.<sup>54</sup>

[Rz 34] Unsere Analyse führte zum Ergebnis, dass über die meisten vorliegend eingeschlossenen KVG-Verfahren in den Jahren 2000–2017 in einem Dreiergremium entschieden wurde (Abbildung 3). Auf Verfahren, die nur von einem einzelnen Richter beurteilt wurden, wurde – den oben dargelegten Grundsätzen entsprechend – nie eingetreten. Die Anzahl der gutgeheissenen Fälle nahm zu, je mehr Richter darüber entschieden. Das Verhältnis der abgewiesenen Entscheide war bei der Besetzung mit drei Richtern höher als bei der Zusammensetzung des Spruchkörpers mit fünf Richterinnen und Richtern. Wie bereits bei der empirischen Analyse zu den arztrechtlichen Verfahren vor Bundesgericht<sup>55</sup> lässt sich somit auch bei der vorliegenden Analyse zum KVG festhalten, dass die Obsiegens-Chancen tendenziell am höchsten sind, wenn es sich um einen Fall von grundsätzlicher Bedeutung handelt. Jedoch muss, wie bereits in Ziff. 4.1. festgehalten wurde, berücksichtigt werden, dass aus 85 Urteilen nicht ersichtlich wurde, ob diese ebenfalls für die

---

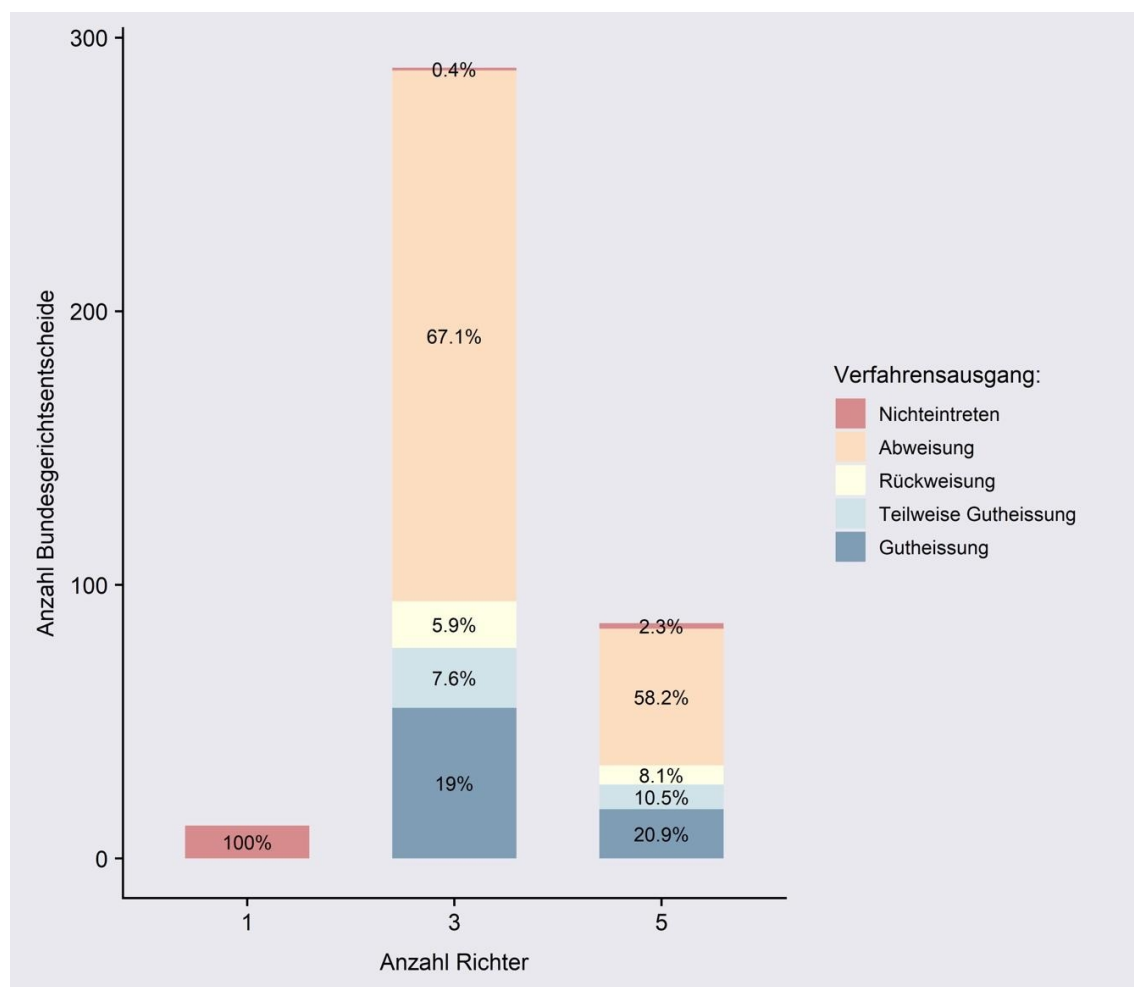
<sup>52</sup> Bundesgesetz über das Bundesgericht vom 17. Juni 2005 (BGG; SR 173.110).

<sup>53</sup> Art. 108 Abs. 1 BGG.

<sup>54</sup> Art. 108 Abs. 2 BGG.

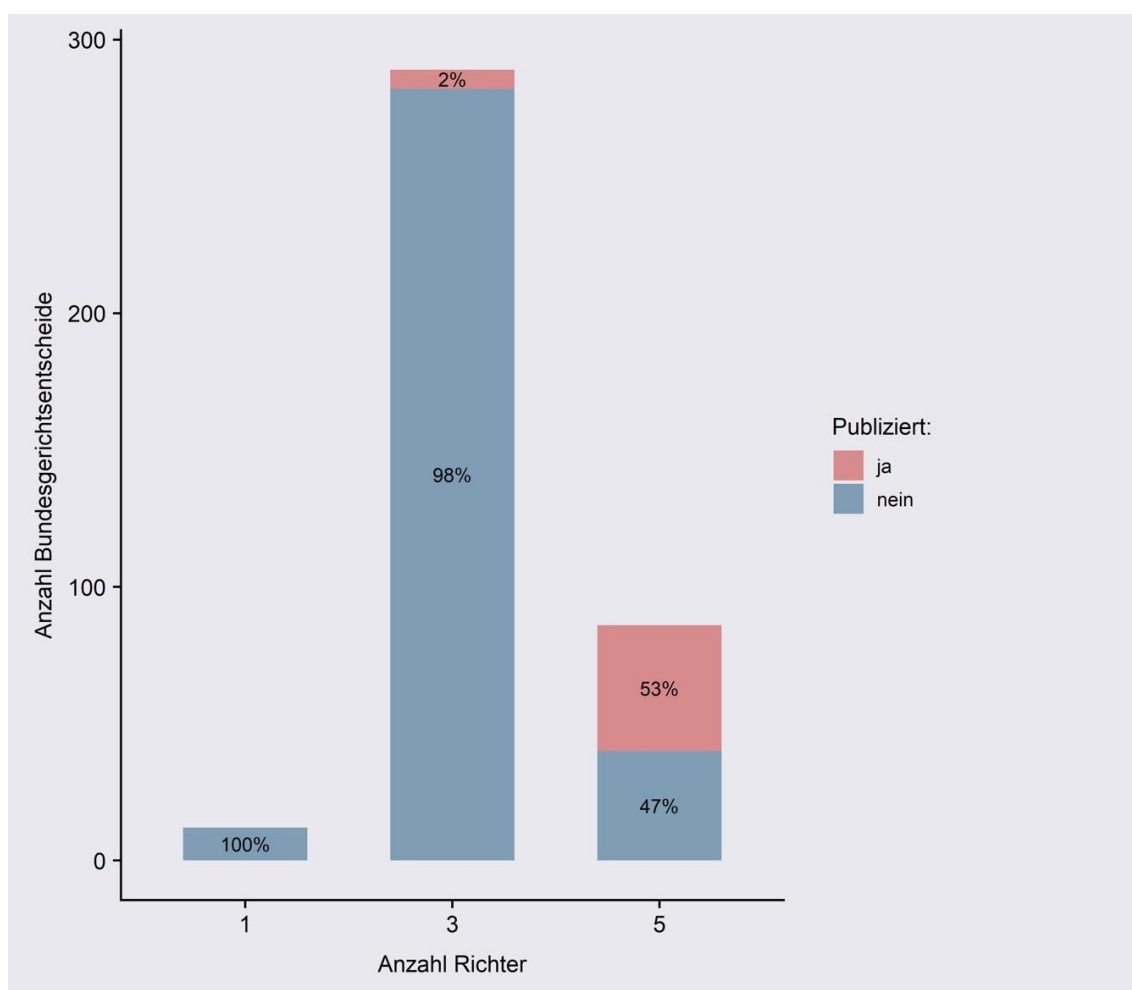
<sup>55</sup> VOKINGER/MÜHELMATTER, Fn. 46, S. 10.

vorliegenden Fragestellungen relevant sind. Dabei handelte es sich vorwiegend um Verfahren, die von einem einzelnen Bundesrichter entschieden wurden.



**Abbildung 3:** Säulendiagramm mit Verfahrensausgang nach Anzahl Richter. Auf der x-Achse sind die Anzahl Richter, auf der y-Achse die Anzahl Bundesgerichtsentscheide angegeben.

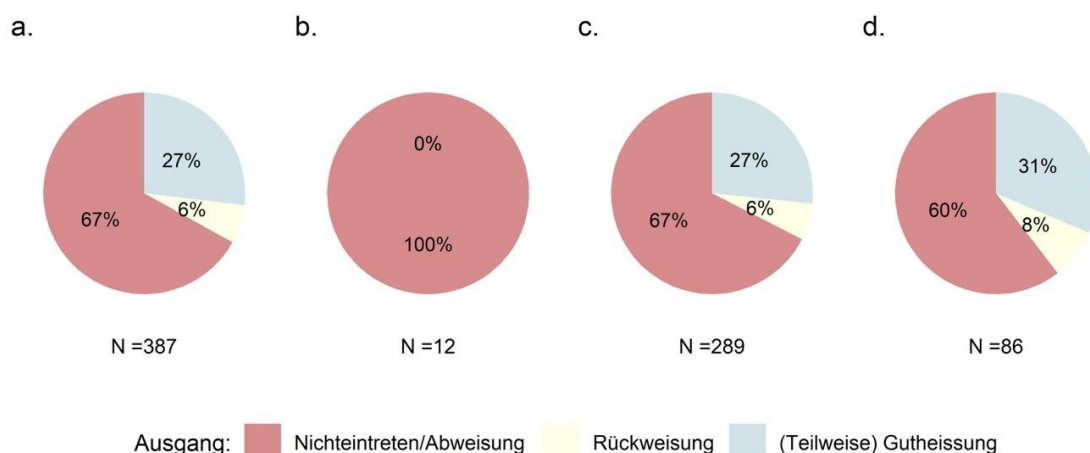
[Rz 35] Je mehr Richter ein Urteil gefällt haben, desto eher wurde ein Bundesgerichtsurteil publiziert. Fälle, die von einem einzelnen Richter beurteilt wurden, wurden nie publiziert, während eine Publikation in 2% der Fälle, die von einem Spruchkörper mit drei Richtern, sowie in 53% der Fälle, die von fünf Richterinnen und Richtern entschieden wurden, erfolgte (Abbildung 4).



**Abbildung 4:** Säulendiagramm mit Fokus auf die publizierten Bundesgerichtsentscheide. Auf der x-Achse sind die Anzahl Richter, auf der y-Achse die Anzahl Bundesgerichtsentscheide angegeben.

#### 4.4. Abweichen von vorinstanzlichen Urteilen

[Rz 36] Im Ergebnis wurden 27% aller Beschwerden der inkludierten KVG-Verfahren (teilweise) gutgeheissen (Abbildung 5). Diese Zahl variiert jedoch je nachdem, aus wie vielen Richtern sich der Spruchkörper zusammensetzt. Wie bereits aus Abbildung 2 ersichtlich wurde, stieg die Wahrscheinlichkeit einer (teilweisen) Gutheissung, je mehr Richter über den Fall urteilten bzw. wenn es sich beim Verfahren um einen Fall von grundsätzlicher Bedeutung handelte. Veranschaulicht wird dies in Abbildung 3: Das Verhältnis der (teilweise) gutgeheissenen Fälle nahm zu, je mehr Richter über einen Fall urteilten, nämlich von 0% (nur ein einzelner Richter entschied einen Fall) bis zu 31% (fünf Richter bildeten den Spruchkörper). In den meisten Fällen setzte sich der Spruchkörper aus drei Richtern zusammen, immerhin 86 Fälle wurden von fünf Richtern entschieden.



**Abbildung 5:** Die Kreisdiagramme a–d zeigen auf, wie häufig das Bundesgericht nicht eingetreten ist bzw. Fälle vom Bundesgericht abgewiesen, zurückgewiesen oder (teilweise) gutgeheissen wurden. Zwischen 2000 und 2017 wurden von den 387 inkludierten Fällen 27% (teilweise) gutgeheissen (a.). Entschied ein einzelner Richter, wurde kein Fall gutgeheissen (b.). Urteilten drei Richter, so wurde das vorinstanzliche Urteil in 27% der Fälle gekehrt (c.). Entschied das Bundesgericht in Fünferbesetzung, so fand in 31% der Fälle eine (teilweise) Gutheissung statt (d.).

[Rz 37] Die empirische Analyse bundesgerichtlicher Urteile zum Arztrecht aus den Jahren 2000–2017 zeigte die gleiche Tendenz: Je mehr Bundesrichter arztrechtliche Verfahren beurteilten, desto eher wurde ein Fall (teilweise) gutgeheissen.<sup>56</sup>

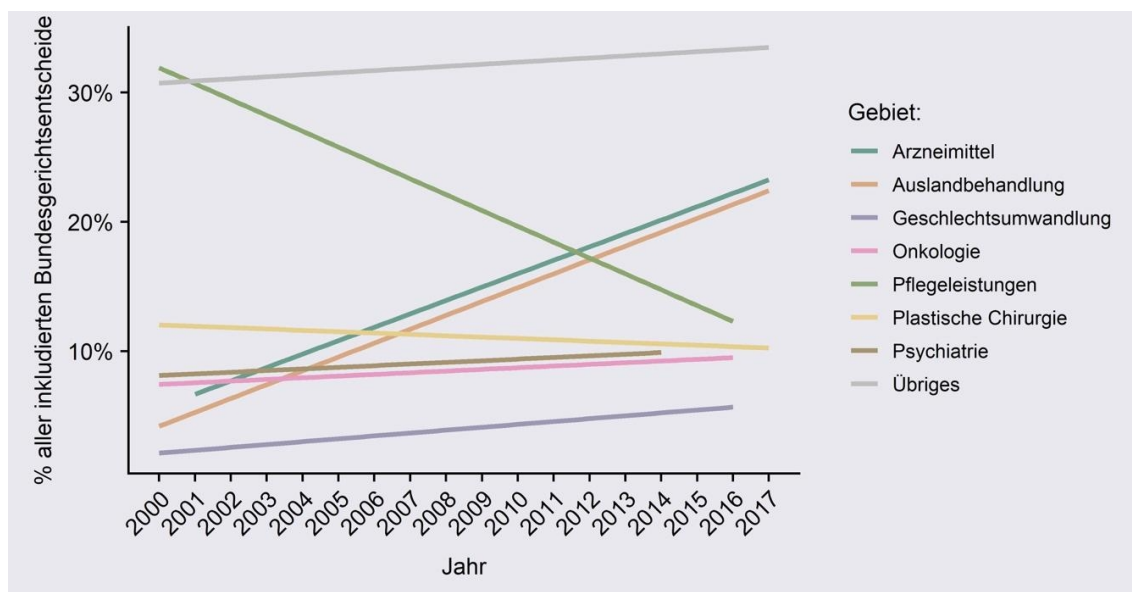
#### 4.5. Medizinische Leistungsgruppen

[Rz 38] Bundesgerichtliche Verfahren, welche die Kostendeckung medizinischer Leistungen i.S.v. Art. 25 KVG zum Streitgegenstand haben, lassen sich in verschiedene medizinische Gebiete einteilen. Verhältnismässig häufiger Streitgegenstand zwischen 2000 und 2017 bildeten Kostendeckungsfragen rund um Arzneimittel, Auslandbehandlungen, die Onkologie, Pflegeleistungen, die plastische Chirurgie und die Psychiatrie.<sup>57</sup> Es handelt sich dabei – wie in Ziff. 1 ausgeführt – regelmässig um Gruppen, die gleichzeitig hohe Gesamtausgaben aufweisen. Daneben können auch weitere medizinische Gruppen gebildet werden, die vorliegend unter dem Begriff «Übriges» zusammengefasst werden. Darunter lassen sich etwa die Kostendeckung für genetische Untersuchungen oder Transportkosten subsumieren. Wie aus Abbildung 6 ersichtlich wird, veränderte sich das Verhältnis dieser verschiedenen medizinischen Gebiete zueinander zwischen 2000 und 2017. Bei der vorliegenden Einteilung in die verschiedenen medizinischen Gebiete handelt es sich jedoch lediglich um eine mögliche Einteilung von vielen.

<sup>56</sup> VOKINGER/MÜHLEMATTER, Fn. 46, S. 10.

<sup>57</sup> Möglich ist, dass ein Bundesgerichtsurteil in verschiedene medizinische Leistungsgruppen fällt (z.B. Auslandbehandlung und Onkologie).





**Abbildung 6:** Trendlinien der verschiedenen medizinischen Gebiete, erstellt mittels linearer Regression. Auf der x-Achse ist das Urteilsjahr, auf der y-Achse das Verhältnis der jeweiligen medizinischen Leistungsgruppe angegeben.

[Rz 39] Auffällig ist, dass Streitigkeiten in Bezug auf die Kostendeckung durch die obligatorische Krankenpflegeversicherung, insbesondere bei Auslandbehandlungen und Arzneimitteln, stark zugenommen haben. Daneben fand eine etwas kleinere Zunahme bei onkologischen Fällen, psychiatrischen Fällen und Geschlechtsumwandlungen statt. Eine starke Abnahme – wobei im Verhältnis zu den anderen Leistungsgruppen immer noch bedeutend – ist in Bezug auf strittige Fragen zur Kostendeckung von Pflegeleistungen durch die obligatorische Krankenpflegeversicherung ersichtlich.

[Rz 40] In der nachfolgenden Abbildung ist der Verfahrensausgang, aufgeteilt in die jeweiligen medizinischen Leistungsgruppen, dargelegt:



**Abbildung 7:** Balkendiagramm mit Verfahrensausgang nach Gebiet und Beschwerdeführer. Auf der x-Achse sind die prozentualen Verfahrensausgänge der Bundesgerichtsentscheide, auf der y-Achse die medizinischen Gebiete aufgeführt.

[Rz 41] Nachfolgend wird auf zwei medizinische Leistungsgruppen näher eingegangen.

#### 4.5.1. Ausländische Behandlungen

[Rz 42] Eine mögliche Erklärung für die vermehrte Bedeutung bzw. Streitigkeit der Kostendeckung ausländischer Behandlungen durch die obligatorischen Krankenpflegeversicherungen ist die zunehmende Globalisierung. So verbringen beispielsweise zahlreiche Schweizer einen Ferien-, Arbeits- oder Studienaufenthalt im Ausland.<sup>58</sup> Des Weiteren üben zahlreiche Ausländer ihren Beruf in der Schweiz aus und reisen im Rahmen eines Ferienaufenthalts regelmässig in ihr Heimatland.

[Rz 43] Die vom Bundesgericht zu beurteilenden Fälle, in denen die Kostenübernahme ausländischer Behandlungen Streitgegenstand bildeten, sind unterschiedlich gelagert. So reiste beispiels-

<sup>58</sup> Siehe z.B. Bundesamt für Statistik, Reiseverhalten, abrufbar unter [www.bfs.admin.ch/bfs/de/home/statistiken/tourismus/reiseverhalten.html](http://www.bfs.admin.ch/bfs/de/home/statistiken/tourismus/reiseverhalten.html).

weise eine Patientin im Bundesgerichtsurteil 9C\_177/2017 vom 20. Juni 2017 in die USA, um an einer klinischen Phase I Studie zu partizipieren. Ziel war die Behandlung eines Adenokarzinoms der Lunge im Stadium IV mit multiplen Leber- und Hirnmetastasen. Die Patientin starb zu einem späteren Zeitpunkt im gleichen Spital. Die OKP wollte die Kosten nicht übernehmen, dies wurde vom kantonalen Gericht bestätigt. Das Bundesgericht wies den Entscheid zur neuen Beurteilung an das kantonale Gericht zurück.

[Rz 44] Anders gestaltete sich der Sachverhalt im Bundesgerichtsentscheid 9C\_1009/2010 vom 29. Juli 2011: In diesem Fall lebte der Patient sowohl in der Schweiz als auch in Thailand. Als in einem thailändischen Spital ein erhöhter PSA-Wert und Metastasen des Prostatakarzinoms diagnostiziert wurden, wurde in Thailand eine Bestrahlung der Prostataregion vorgenommen. Die OKP sowie das vorinstanzliche Gericht lehnten eine Kostenübernahme aufgrund einer fehlenden Notfallsituation ab. Das Bundesgericht bestätigte den Entscheid der OKP.

[Rz 45] Das Gesetz ermöglicht die Kostenübernahme ausländischer Behandlungen durch die obligatorische Krankenpflegeversicherung nur in beschränktem Umfang: So übernimmt die obligatorische Krankenpflegeversicherung Leistungen im Ausland, wenn sie in der Schweiz nicht erbracht werden können (Art. 36 Abs. 1 der Verordnung über die Krankenversicherung [KVV]). Dabei handelt es sich um Behandlungen, die in der Schweiz nicht verfügbar oder die Wartezeiten zu lang sind. Der behandelnde Arzt oder der Patient sind verpflichtet, einen begründeten Antrag an den Vertrauensarzt der betroffenen OKP einzureichen. Die OKP entscheidet nach Beratung mit dem Vertrauensarzt, ob sie die Kosten der Auslandbehandlung übernehmen kann. Zudem übernimmt die OKP die Kosten von Behandlungen, die in Notfällen im Ausland erbracht werden. Ein Notfall liegt vor, wenn Versicherte bei einem vorübergehenden Auslandsaufenthalt einer medizinischen Behandlung bedürfen und eine Rückreise in die Schweiz nicht angemessen ist. Kein Notfall besteht jedoch, wenn sich Versicherte zum Zwecke dieser Behandlung ins Ausland begeben.<sup>59</sup>

[Rz 46] Aus Abbildung 7 wird ersichtlich, dass das Bundesgericht die Kostenübernahme von Auslandbehandlungen (gerade auch im Vergleich zu den anderen medizinischen Leistungsgruppen) häufig verneint. Dies kann zumindest teilweise mit der eben dargelegten restriktiven Gesetzeslage erklärt werden.

#### 4.5.2. Arzneimittel

[Rz 47] Das Bundesgericht hat sich zwischen 2000 und 2017 mit zahlreichen Kostendeckungsfragen zu Arzneimitteln auseinandergesetzt. Die OKP übernimmt die Kosten derjenigen Arzneimittel, die auf der sog. «Spezialitätenliste» (SL) fungieren. Auf der SL sind auch diejenigen Indikationen eines Arzneimittels aufgeführt, für welche die Kostendeckung gewährt werden soll.<sup>60</sup> Die Rahmenbedingungen für die Kostenübernahme von Arzneimitteln, die nicht auf der SL gelistet sind, sind in Art. 71a ff. KVV geregelt. Der Verordnungsgeber unterscheidet dabei zwischen (1) Arzneimitteln ausserhalb der in der SL festgelegten Indikation («off-label use») bzw. genehmigten Limitierungen, (2) Arzneimitteln, die von Swissmedic zugelassen, aber nicht auf der Spezialitäts-

---

<sup>59</sup> Vgl. zum Ganzen Art. 36 KVV.

<sup>60</sup> Bundesamt für Gesundheit, Spezialitätenliste, abrufbar unter [www.spezialitaetenliste.ch/](http://www.spezialitaetenliste.ch/).

tenliste aufgenommen sind sowie (3) Arzneimitteln, die aus dem Ausland importiert werden und von Swissmedic nicht zugelassen sind.

[Rz 48] Auch in Bezug auf die strittigen Fragen zur Kostendeckung von Arzneimitteln sind die Fälle unterschiedlich gelagert. So bilden beispielsweise Gegenstand bundesgerichtlicher Verfahren Fragen zur Kostenübernahme von Arzneimitteln, die nicht auf der SL aufgeführt sind oder zwar auf der SL gelistet sind, jedoch für eine andere Indikation als auf der SL angegeben, eingesetzt werden (sog. «off-label use»). Als Beispiel für die erste Gruppe lässt sich der bekannte «Myozyme»-Entscheid (BGE 136 V 395) aufführen, in welchem sich das Bundesgericht mit Grundsatzüberlegungen zur Leistungsverweigerung aus wirtschaftlichen Gründen auseinandergesetzt hat.<sup>61</sup> Demgegenüber setzte sich das Bundesgericht in seinem Urteil 9C\_743/2007 vom 28. November 2008 mit der Frage auseinander, ob die Kosten für den off-label use des Arzneimittels Topamax bei einem Patienten mit einer bipolaren Störung von der OKP vergütet werden sollten.

[Rz 49] Streitigkeiten in Bezug auf Kostenübernahmen von Arzneimitteln durch die OKP werden vom Bundesgericht überdurchschnittlich häufig zugunsten der OKP entschieden (siehe Abbildung 7).

#### 4.6. Streitwert

[Rz 50] Verfahren sind für die Parteien regelmässig belastend, langwierig und kostenintensiv. Das Durchlaufen mehrerer Instanzen bis zum Urteil des Bundesgerichts kann regelmässig mehrere Jahre in Anspruch nehmen. Anwaltskosten, Gerichtskosten sowie andere potentielle Ausgaben (z.B. Kosten für Gutachten) müssen gedeckt werden. Die Ungewissheit, ob eine medizinische Leistung von der obligatorischen Krankenversicherung zu decken ist, ist für den Patienten, der sich vordergründig teilweise mit einer die Lebensqualität tangierenden bzw. tödlichen Krankheit auseinandersetzen muss, eine zusätzliche Belastung. Die erwähnten mit einem Verfahren einhergehenden zusätzlichen Belastungen müssen vom Patienten stets berücksichtigt werden bzw. ist es Aufgabe des Anwalts, seinen Mandanten über diese Punkte aufzuklären. In vielen Rechtsstreitigkeiten wird deshalb empfohlen, erst ab einem höheren Streitwert zu prozessieren. Aus Abbildung 8 wird ersichtlich, dass die vorliegend interessierenden krankenversicherungsrechtlichen Verfahren regelmässig kleinere Beträge als Streitwert beinhalteten. So wurde nicht selten um die Kostendeckung von medizinischen Leistungen von weniger als CHF 1'000 gestritten.<sup>62</sup> Als Beispiele lassen sich Bundesgerichtsurteile aufführen, in denen die Kostenübernahme von genetischen Untersuchungen Streitgegenstand bildeten<sup>63</sup> oder die Laborkosten für alternativme-

---

<sup>61</sup> Vgl. z.B. THOMAS GÄCHTER/ARLETTE MEIENBERGER, BGE 136 V 395 (Morbus Pompe/Myozyme): Was der Entscheid bedeutet – und was nicht, in: HAVE 12(2):168 ff.; TOMAS POLEDNA/MARIANNE TSCHOPP, Der Myozyme-Entscheid des Bundesgerichts, in: Jusletter 7. Februar 2011.

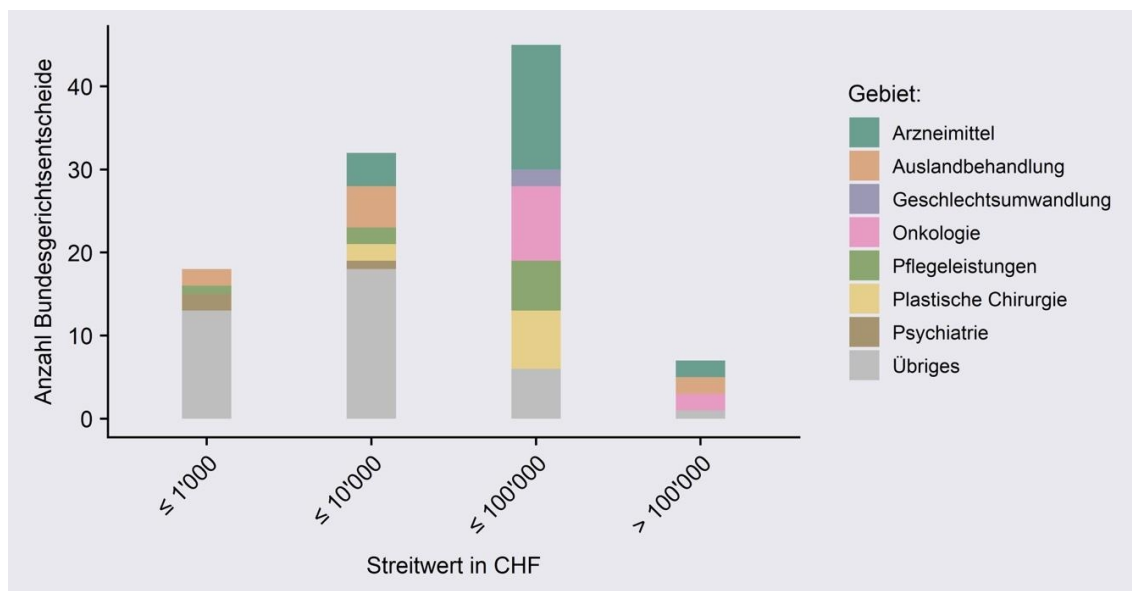
<sup>62</sup> Teilweise wurden in den Bundesgerichtsurteilen nur ausländische Währungen angegeben. Dies betraf Verfahren, in denen die Kostendeckung ausländischer medizinischer Leistungen im Vordergrund standen. Bei ausländischen Währungen wurde eine Umwandlung in CHF vorgenommen, wobei der durchschnittliche Jahresmittelkurs desjenigen Jahres gewählt wurde, in welchem das Urteil gefällt wurde (vgl. Eidgenössische Steuerverwaltung, Jahresmittelkurse, abrufbar unter [www.estv.admin.ch/estv/de/home/direkte-bundessteuer/wehrpflichtersatzabgabe/dienstleistungen/jahresmittelkurse.html](http://www.estv.admin.ch/estv/de/home/direkte-bundessteuer/wehrpflichtersatzabgabe/dienstleistungen/jahresmittelkurse.html)).

<sup>63</sup> Siehe z.B. Bundesgerichtsurteil K 55/05 vom 24. Oktober 2005 mit einem Streitwert in der Höhe von CHF 412.

dizinische Leistungen<sup>64</sup>. Es ist davon auszugehen, dass es sich dabei – zumindest teilweise – um strategische bzw. grundsätzliche Verfahren handelt, bei denen das Urteil des Bundesgerichts regelmässig als «Leitentscheid» für ähnlich gelagerte Sachverhalte fungieren soll. Obwohl es sich im Einzelfall um einen Streitwert mit einem tiefen Betrag handelt, wird das Bundesgerichtsurteil im Sinne eines Leitentscheids regelmässig auf ähnliche Fälle in der Praxis angewendet werden können und damit in der Summe einen viel höheren Betrag ausmachen können.

[Rz 51] Zu berücksichtigen ist, dass nur aus einem Teil der inkludierten Bundesgerichtsentscheide direkt öffentlich ersichtlich ist, wie hoch der Streitwert im konkreten Fall war. In den meisten dieser Bundesgerichtsurteile handelt es sich um Streitwerte zwischen CHF 10'000 und CHF 100'000.

[Rz 52] Interessant ist auch die Analyse des Streitwerts vor dem Hintergrund der verschiedenen medizinischen Leistungsgruppen. So handelt es sich bei Verfahren, welche die Kostendeckung einer onkologischen Therapie oder Arzneimittel zum Gegenstand haben, regelmässig um höhere Streitwerte im Vergleich zu psychiatrischen Behandlungen oder Auslandbehandlungen (vgl. Abbildung 8).



**Abbildung 8:** Säulendiagramm mit Fokus auf den Streitwert. Auf der x-Achse ist der Streitwert, auf der y-Achse die Anzahl Bundesgerichtsentscheide angegeben.

#### 4.7. Verhältnis der involvierten obligatorischen Krankenpflegeversicherungen

[Rz 53] Bei der Analyse der vorliegenden Bundesgerichtsurteile fällt auf, dass bei krankenversicherungsrechtlichen Verfahren häufig bekannt ist, *welcher* Krankenversicherer als Partei fungiert

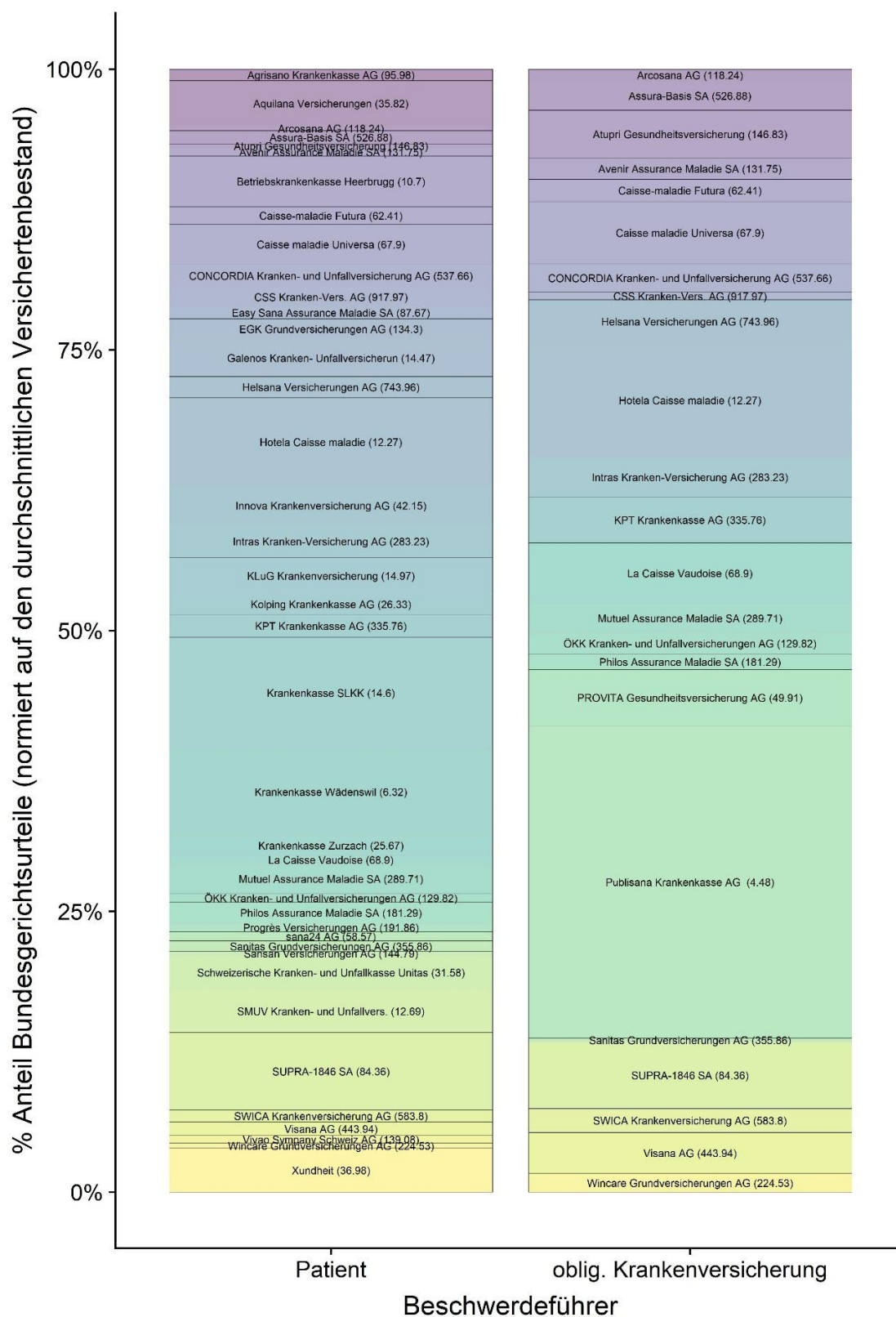
<sup>64</sup> Vgl. etwa Bundesgerichtsurteil 9C 108/2014 vom 26. September 2014 mit einem Streitwert in der Höhe von CHF 378.60 zuzüglich 5% Verzugszinsen.

– dies im Gegensatz zu zahlreichen anderen Verfahren. So ist etwa bei arzneimittelrechtlichen Verfahren, z.B. im Rahmen der Preisanfechtung von Arzneimitteln, häufig anonymisiert, *welches* pharmazeutische Unternehmen gegen das Bundesamt für Gesundheit vorgeht. Die Transparenz der krankenversicherungsrechtlichen Verfahren ist begrüssenswert und erlaubt empirische Auswertungen.

[Rz 54] Aus Abbildung 9 wird ersichtlich, in welchem Verhältnis die verschiedenen obligatorischen Krankenpflegeversicherungen als Beschwerdeführer oder Beschwerdegegner in den Jahren 2000–2017 in den bundesgerichtlichen Verfahren fungierten. Da die Anzahl der Versicherten je nach obligatorischer Krankenpflegeversicherung stark variiert und anzunehmen ist, dass Rechtsstreitigkeiten einer OKP u.a. mit der Anzahl ihrer Versicherten zunimmt, haben wir eine Normierung nach dem durchschnittlichen jährlichen Versichertenbestand vorgenommen.<sup>65</sup> Die Normierung hat ergeben, dass Krankenversicherer mit geringeren Versichertenbeständen verhältnismässig häufiger in bundesgerichtlichen Verfahren involviert sind. Hierbei ist jedoch anzumerken, dass weitere Faktoren, welche die Häufigkeit von Rechtsstreitigkeiten beeinflussen können (etwa Unterschiede zwischen den verschiedenen obligatorischen Krankenpflegeversicherungen in Bezug auf Krankheitsrisiken ihrer Versicherten, wie z.B. Alter oder Geschlecht), nicht berücksichtigt wurden.

---

<sup>65</sup> Die Zahlen wurden der Statistik vom Bundesamt für Gesundheit entnommen: BAG, Statistik der obligatorischen Krankenversicherung, abrufbar unter [www.bag.admin.ch/bag/de/home/service/zahlen-fakten/statistiken-zur-krankenversicherung/statistik-der-obligatorischen-krankenversicherung.html](http://www.bag.admin.ch/bag/de/home/service/zahlen-fakten/statistiken-zur-krankenversicherung/statistik-der-obligatorischen-krankenversicherung.html).



**Abbildung 9:** Säulendiagramm mit Angabe des Beschwerdeführers auf der x-Achse und dem prozentualen Anteil der obligatorischen Krankenpflegeversicherungen normiert auf den Versichertenbestand.

tenbestand auf der y-Achse. In Klammern ist der durchschnittliche jährliche Versichertenbestand in tausend angegeben.

## 5. Schluss

[Rz 55] In der vorliegenden Studie analysierten wir Bundesgerichtsurteile zwischen 2000 und 2017, welche die Frage der Kostendeckung von medizinischen Leistungen durch die OKP zum Streitgegenstand hatten.<sup>66</sup> Ziel war es, die bundesgerichtlichen Urteile vor dem Hintergrund der verfassungsrechtlichen Rahmenbedingungen in Bezug auf den krankenversicherungsrechtlichen Zugang zur medizinischen Grundversorgung in der Schweiz empirisch zu untersuchen.

[Rz 56] Die effiziente Detektion der relevanten Bundesgerichtsurteile war technisch herausfordernd. Mit der Suche anhand von «regular expressions» konnten nicht alle relevanten Urteile gefunden werden. Der Einsatz von Artificial Intelligence bzw. eines «deep neural Network» ermöglichte insbesondere die Detektion derjenigen Bundesgerichtsentscheide, die gekürzt sind oder keinen gesuchten «regular expression» aufweisen. Entsprechend kann der Einsatz eines «deep neural Networks» als Mehrwert qualifiziert werden.

[Rz 57] Insgesamt wurden 387 Bundesgerichtsurteile inkludiert. Hinzu kamen zahlreiche nicht beurteilbare Sachverhalte. Hingegen besteht kein Anspruch auf Vollständigkeit.

[Rz 58] Stets muss vor Augen gehalten werden, dass nur ein kleiner Teil der Streitigkeiten über die Kostenübernahme von medizinischen Leistungen durch die OKP vom Bundesgericht entschieden werden. Zum einen ist die Situation für den Patienten bereits ohne Gerichtsverfahren belastend genug, sodass er regelmässig vom Rechtsweg absieht. Zum anderen mangelt es regelmässig bereits an der formellen Voraussetzung des schutzwürdigen bzw. des aktuellen und praktischen Rechtsschutzinteresses i.S.v. Art. 89 Abs. 1 lit. c BGG. Als Beispiel können onkologische Patienten angeführt werden, die nach Ansicht der OKP keinen Anspruch auf die Kostenübernahme eines off-label Arzneimittels oder einer ausländischen Behandlung haben. Handelt es sich um eine letale Form des Tumors, ist der Patient häufig bereits gestorben, bis die Sache überhaupt vom Bundesgericht beurteilt werden würde. Damit fehlt es an einem aktuellen und praktischen Rechtsschutzinteresse. Das Bundesgericht tritt (sofern die anderen formellen Voraussetzungen erfüllt sind) nur ausnahmsweise bei einem fehlenden aktuellen und praktischen Interesse auf die Beschwerde ein, nämlich wenn es sich um eine Grundsatzfrage von öffentlichem Interesse handelt, bei welcher nie rechtzeitig ein Entscheid gefällt werden könnte.<sup>67</sup>

[Rz 59] Der Streitwert beträgt zwar regelmässig unter CHF 1'000, jedoch handelt es sich in der Sache regelmässig um Krankheiten, die zu medizinischen Leistungsgruppen mit hohen Gesamtausgaben gezählt werden können (etwa psychische Erkrankungen, onkologische Erkrankungen oder Personen über 65 Jahren).

[Rz 60] Das Bundesgericht muss sich bei Verfahren, welche die Kostenübernahme von medizinischen Leistungen durch die OKP zum Gegenstand haben, regelmässig nicht nur mit rechtlich,

---

<sup>66</sup> Die Analyse war beschränkt auf allgemeine Leistungen bei Krankheit gem. Art. 25 KVG, Pflegeleistungen bei Krankheit gem. Art. 25a KVG und die medizinische Prävention gem. Art. 26 KVG. Nicht berücksichtigt wurden Geburtsgebrechen gem. Art. 27 KVG, Unfälle gem. Art. 28 KVG, Mutterschaft gem. Art. 29 KVG, strafloser Schwangerschaftsabbruch gem. Art. 30 KVG sowie zahnärztliche Behandlungen gem. Art. 31 KVG.

<sup>67</sup> Vgl. etwa BGE 116 Ia 359, E.2.a.; REGINA KIENER/BERNHARD RÜTSCHÉ/MATHIAS KUHN, Öffentliches Verfahrensrecht, 2. Aufl., Zürich/St. Gallen 2015, S. 353 ff.



sondern gleichermassen mit ethisch herausfordernden und im Einzelfall tragischen Schicksalschlägen auseinandersetzen. Die Analyse der Bundesgerichtsurteile hat gezeigt, dass die Auslegung des verfassungsrechtlichen Ziels einer ausreichenden, allen zugänglichen medizinischen Grundversorgung von hoher Qualität i.S.v. Art. 117a BV einem zeitlichen Wandel untersteht. Unter der Annahme, dass die Streitgegenstände vor Bundesgericht die Bedürfnisse der Gesellschaft widerspiegeln, hat in den letzten Jahren vor dem Hintergrund der vorliegenden (limitierten) Analyse das gesellschaftliche Bedürfnis an der vermehrten Kostendeckung von Auslandbehandlungen, onkologischen Behandlungen und Arzneimitteln zugenommen. Die diesbezüglichen Vorgaben des KVG und der dazugehörigen Verordnungen werden nach vorliegender Ansicht vom Bundesgericht tendenziell eher restriktiv ausgelegt.

---

Dr. iur. et Dr. med. KERSTIN NOËLLE VOKINGER, Rechtsanwältin und Ärztin, Postdoc Fellow Harvard Medical School und Universität Zürich/Universitätsspital Zürich.

Dr. med. URS JAKOB MÜHLEMATTER, Arzt am Institut für diagnostische und interventionelle Radiologie sowie an der Klinik für Nuklearmedizin, Universitätsspital Zürich/Universität Zürich.